בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

1.זוהר גולן
2.יאנה קרלי **המערערים**

-

1.או.אר.אס משאבי אנוש בע"מ
2.רשות השידור **המשיבים**
3.האיגוד הארצי של החברות למשאבי אנוש בישראל
4. האיגוד הארצי של החברות למשאבי אנוש בלשכת המסחר **מצטרפות להליך**

בפני: הנשיא סטפן אדלר, סגנית הנשיא נילי ארד, השופטת רונית רוזנפלד
נציג עובדים מר שלום חבשוש, נציג מעבידים מר יורם בליזובסקי

בשם המערערים: עו"ד אלעד סיביון, עו"ד עידו אקרמן
בשם המשיבה 1: עו"ר רפאל טולדנו
בשם המשיבה 2: עו"ד יאיר דוד
בשם מתייצבת 1: עו"ד שלמה בכור
בשם מתייצבת 2: עו"ד דן כרמלי

פסק דין

סגנית הנשיא נילי ארד

פתח דבר

ערעור זה סב על הוראות סעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח-אדם, תשנ"ו – 1996 ויישומן. במסגרת זו נדרשים אנו להכרעה בשאלה האם "המשתמש", הוא "המעסיק בפועל" של עובדי קבלן, רשאי להפסיק התקשרותו איתם בסמוך לסיום תשעת חודשי עבודתם בשירותו, כדי שלא יאלץ לקלוט אותם כעובדיו.

שאלה זו מתעוררת במקרה שלפנינו בו הופסקה העסקתם של המערערים כעובדי קבלן בסמוך לתום תשעת חודשי עבודתם ברשות השידור, שאם לא כן הייתה הרשות נאלצת לקלוט אותם כעובדיה, כמתחייב מהוראות סעיף 12א לחוק. מעסיקתם של

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

המערערים, חברת או.אר.אס, באמצעותה הועסקו המערערים ברשות השידור, הציעה להם מקומות עבודה חלופיים, ומשלא נענו להצעותיה פוטרו מעבודתם בשירות החברה.

תובענה שהגישו המערערים נגד פיטוריהם ועתירה להשיבם לעבודה כעובדים קבועים ברשות השידור, נדחתה על ידי בית הדין האזורי לעבודה ומכאן הערעור שלפנינו.

נקדים אחרית לראשית ונאמר, כי בשים לב לנסיבות המקרה ולטיעוני הצדדים, ולאור הוראות סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם ותכליתן, הגענו למסקנה לפיה רשות השידור במעמדה כ"מעסיקה בפועל" וכ"משתמשת" בשירותיהם של המערערים, רשאית הייתה להפסיק התקשרותה איתם, סמוך לתום תקופה של תשעת חודשי עבודתם, כדי למנוע קליטתם אצלה כעובדיה הקבועים. אף לא נמצא פגם המצדיק ביטול פיטוריהם של המערערים מעבודתם אצל מעסיקתם חברת או.אר. אס. אשר על כן, **דין הערעור להידחות**.

על מכלול טעמינו למסקנות אלה נעמוד להלן בפירוט הנדרש לעניין.

הרקע

2. המערערים עבדו בתפקיד כתבנים בחדר החדשות של המשיבה 2, הלא היא **רשות השידור** (להלן גם: **הרשות**). העסקתם ברשות השידור נעשתה באמצעות מעבידתם, היא המשיבה 1 – חברת או.אר.אס. משאבי אנוש בע"מ (להלן גם: **קבלן כוח-האדם** או **החברה**). המערער 1 - מר גולן זוהר החל עבודתו ברשות השידור ביום 1.8.05. המערערת 2 - גב' יאנה קרלי החלה עבודתה ברשות ביום 23.10.06 (להלן: **המערערים**).

במכתב מיום 14.8.08 הודיעה החברה למערערים, כי העסקתם ברשות השידור תופסק ביום 30.9.08 "בשל השינויים החקיקתיים" הנובעים מהוראות סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם, ונפקותן.

ההליכים בבית הדין האזורי

3. בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (השופט אייל אברהמי ונציגי הציבור מר אליהו מחלב ומר יהושע ענר; עב' 2918/08) דחה עתירתם של המערערים לצו מניעה זמני נגד החלטת הפיטורים (בש"א 1862/08) והוסיף ודחה תביעתם העיקרית לביטול הפיטורים והחזרתם לעבודה, ולהכרה בהם כעובדי רשות השידור. עיקר טעמיו של בית הדין מפורטים להלן.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

בית הדין האזורי עמד על תכליתן של הוראות סעיף 12א לחוק תוך שקבע כי מטרתן למנוע העסקה שאינה מוגבלת בזמן של עובדי קבלן בחצריו של "המשתמש"; בהתאם, נקבעה בחוק תקופת העסקה זמנית של עובדי קבלן שאינה עולה על תשעה חודשים רצופים, מבלי שיש כוונה לחייב את "המשתמש" לקלוט אותם כעובדיו בתום התקופה. מנגד, ולפי סעיף 12א(ג) לחוק – יהפוך עובד הקבלן לעובדו של "המשתמש" ככל שיועסק בשירותו למעלה מתשעה חודשים. ההסדר המגולם בסעיף 12א לחוק, עונה על התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות עיקרון המידתיות, אשר לו משקל מיוחד בתחום יחסי העבודה. בית הדין הוסיף וציין, כי בנדון זה, אין ללמוד גזירה שווה מהוראת סעיף 3 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג – 1963 לפיה מי שפוטר בסמוך להשלמת תשעה החודשים, יחשב אף הוא כעובד "המשתמש".

נדחתה התביעה להכיר בתובעים כעובדי רשות השידור. בהחלטת הרשות שלא לקלוט את התובעים כעובדיה, לא נמצא פגם, אף לא חוסר הגינות או נסיון לעקוף את הוראת החוק. במיוחד כן, נוכח תוכנית ההבראה המתגבשת והצורך לפטר למעלה מ-700 עובדים. בהקשר זה נקבע, כי "יש למנוע את 'הדלת המסתובבת' – קבלת עובדים בחסות סעיף 12א לחוק, בשעה שבצד האחר מפוטרים עובדים רבים ותיקים הרבה יותר".

לא נמצא פגם בפיטוריהם של התובעים מעבודתם בחברת או. אר.אס וכי החברה יצאה ידי חובת השימוע הנדרשת לפני הודעת הפיטורים. בהסתמך על חומר הראיות, נקבע כי התובעים הוזמנו לשיחה בחברה בקשר להפסקת ההתקשרות עם רשות השידור וביכרו שלא להתייצב לפגישה; כי החברה הציעה לתובעים מקומות עבודה חלופיים ואף הוצע להם להגיע למשרדי החברה "לצורך קבלת הצעות עבודה נוספות אף לאחר ההליך הזמני"; כי מנהל הרדיו של רשות השידור שוחח אף הוא עם התובעים והסביר את עמדת רשות השידור. על כך הוסיף בית הדין כי "היקף השימוע יהיה מצומצם יותר" בנסיבות המקרה בהן סיום ההתקשרות עם רשות השידור לא נבע מפגם בעבודת התובעים אלא נעשה כדי להימנע מתחולת סעיף 12א(ג) לחוק.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

הערעור

תמצית טיעוני הצדדים

4. **המערערים חזרו על הנטען בבית הדין האזורי**, תוך שעתרו לביטול הפיטורים ולהחזרתם לעבודה כעובדים קבועים ברשות השידור. לשיטתם, הוראת סעיף 12א לחוק, מאפשרת ל"מעסיק בפועל", במסגרת הפררוגטיבה הניהולית שלו, לבחון את נחיצות העובד לשם המשך ההתקשרות עמו. אולם כאשר העובד מפוטר אך ורק על מנת להימנע מתחולת החוק לגביו ולא בגלל אי נחיצותו למזמין, הדבר מחטיא את חוקתיות החוק ותכליתו. בהתאם טענו כי בהתאם להוראת סעיף 12א לחוק קבלני כוח-אדם, אמורים היו להיחשב כעובדי הרשות ביום 1.10.08, וכי הפיטורים ביום 30.9.08 "אינם נוגעים לאופי ו/או לאיכות עבודתם" כי נעשו מ"שיקולים זרים שמטרתם היחידה לעקוף את הוראות החוק" וכי הפיטורים "בלתי סבירים בעליל וחסרי תום לב באופן קיצוני".

המערערים הוסיפו וטענו כי לא נעשה להם שימוע; כי פיטוריהם היו עובדה מוגמרת וכי "נקבעה להם פגישה בכדי להחתימם על טפסי 161" ולא למטרות שימוע.

חברת או.אר.אס. תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי והוסיפה וטענה כי "עשתה מאמצים רבים למנוע כל פגיעה במערערים, אם בדחיית מועד הפיטורים, אם במכתב הפיטורים", במתן מענק ובניסיון לשבצם במקומות עבודה חלופיים, אולם "המערערים סירבו לשתף פעולה פעם אחר פעם" ורצו להיקלט כעובדי רשות השידור בלבד.

רשות השידור תמכה אף היא בפסק דינו של בית הדין האזורי ובטעמיו, תוך שטענה כי "המערערים פוטרו כחודש וחצי" לפני תום תקופת תשעת החודשים "ולפיכך אינם אמורים להיחשב כעובדי רשות השידור "; כי סעיף 12א אינו העילה היחידה לפיטורי המערערים, המהווים אף "צעד ניהולי סביר וראוי". זאת, נוכח הימנעותה מקליטת עובדים ללא תקנים וללא אישור הממונה על השכר, בנסיבות בהן היא מצויה במשא ומתן עם האיגודים המקצועיים בניסיון להגיע להסכמות בדבר פיטורי מאות עובדים במסגרת הרפורמה. עוד טענה, כי אין להתערב במסקנות בית הדין האזורי לפיהן בנסיבות המקרה עמדו רשות השידור והחברה בחובת השימוע וגם מטעם זה, אין לבטל את פיטורי המערערים.

האיגוד הארצי של החברות למשאבי אנוש בישראל תמך בתוצאת פסק דינו של בית הדין האזורי והוסיף וטען, כי בתום תקופת תשעת החודשים מגיעה לסיומה ההתקשרות המשולשת "ואין מדובר בפיטורים". לטענתו, לכל מעסיק הזכות להודיע לקבלן כוח-האדם כי ברצונו לנתק את הקשר עם העובד מתוקף סעיף 12א לחוק, באופן שבתום תשעת החודשים יפוג "החוזה המשותף" בין העובד, קבלן כוח האדם ו"המעסיק בפועל". בנוסף נטען, כי זכות המעסיק לערוך שימוע קמה "רק במקרים בהם לעובד הייתה ציפייה לגיטימית לכך שההתקשרות החוזית עמו לא תסתיים מאליה אלא תתחדש ותימשך".

האיגוד הארצי של החברות למשאבי אנוש בישראל שבלשכת המסחר תמך אף הוא בפסק דינו של בית הדין האזורי ובתוצאתו, תוך שטען כי לפיה הפסקת עבודתו של עובד קבלן אצל "המעסיק בפועל" בכדי להימנע מקליטת העובד במצבת כוח האדם "בסמוך לתום תקופת ההעסקה של תשעה חודשים, מותרת ולגיטימית כשלעצמה" ו"מהווה איזון בין צרכי המעסיק, המשק וזכויות העובדים". בנוסף, טען האיגוד, כי בכפיית יחסי העבודה על "המעסיק בפועל", מעבר לתקופה הקצובה בחוק להעסקה זמנית של תשעה חודשים, יש פגיעה בחופש החוזים, בזכותו הקניינית של "המעסיק בפועל" ובפרוגטיבה הניהולית שלו בניגוד לתכלית החוק.

היועץ המשפטי לממשלה, אשר הוזמן להתייצב להליך, הגיש הודעה בה צוין כי בהתייחס לסוגיה העקרונית שביסוד הערעור "קוימו דיונים ונערכה עבודת מטה, שלא הבשילה עד מועד זה לכדי עמדה מוסכמת על כלל הגורמים הרלבנטיים" לצורך גיבוש עמדתו והחלטה בדבר התייצבותו בהליך.

דיון והכרעה

5. לאחר שבחנו את פסק דינו של בית הדין האזורי, את טענות הצדדים ואת כלל החומר שהובא לפנינו, הגענו למסקנה כי **דין הערעור להידחות. טעמינו לכך נבאר להלן.** בשים לב לחשיבות הסוגיה הנדונה והשלכותיה, נקדים ונידרש לתופעת ההעסקה המשולשת על ידי חברות כוח-אדם והשלכותיה. מכאן נפנה לתכלית ההסדר שביסוד הוראת סעיף 12א' לחוק קבלני כוח-אדם ונפקותו, לחוקתיותו, ונסיים ביישום הדין וההכרעה בנסיבות המקרה הנדון.

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

העסקת עובדים בתבנית העסקה משולשת באמצעות קבלני כוח-אדם

התופעה והשלכותיה

6. יחסי העבודה מגלים פנים חדשות של מעבר מתבנית ההעסקה 'הקלאסית' הדו-ממדית של עובד-מעביד, לתבניות העסקה מורכבות. במסגרת זו ולענייננו, נתייחס לתבנית העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם, המוכרת כמיקור חוץ (outsourcing) של כוח העבודה[1]. תבנית העסקה זו מתאפיינת בכך שקבלן כוח-האדם נחשב להיות מעסיקם של העובדים הנשלחים על ידו ל"משתמש" המכונה גם "המעסיק בפועל"[2]. שכרם של העובדים משולם על ידי קבלן כוח האדם שהוא מעבידם, ו"המשתמש" משלם לקבלן את עלות שכרם של העובדים בתוספת רווח קבלני[3].

עובדי הקבלן נמנים על אוכלוסיית העובדים החלשה בהיותם חסרי הגנה וחשופים לניצול ולקיפוח [4], ומעצם מעמדם נוצרו תנאי עבודה שונים במהותם בינם לבין עובדיו של ה"משתמש". במצב דברים זה, ונוכח התרחבות התופעה של העסקת

---

[1] רע"א 4381/03 **ש.ר. מאגרי אנוש בע"מ נ' ז. מ. מותגי אופנה בע"מ** (לא פורסם) 14.4.05 (להלן: **עניין ז.מ. מותגי אופנה**); בג"צ 450/97 **תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433 (להלן: **עניין תנופה**), 442; לאבחנה בין מיקור חוץ של כח-אדם למיקור חוץ של פונקציות ראו: עב' 11/07 **אל אור אילת תפעול ואחזקות בע"מ – מדינת ישראל, משרד התעשייה המסחר והתעסוקה**, (לא פורסם), 11.8.08 (להלן: **עניין אל אור אילת**); עע 328/07 **ישראל אליאס – רשות שדות התעופה בישראל** (לא פורסם), 10.8.09, פסקה 15; עסק 15/07 **אליטליה נתיבי תעופה איטלקיים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה- הסתדרות המעו"ף** (לא פורסם) 17.9.05; א' גלין, "מיקור חוץ (outsourcing) "מתמקרים" החוצה: ההיבט הארגוני והניהולי" **שנתון משפט העבודה** ז' (תשנ"ט) 43, 46.

[2] עע 116/03 **מדינת ישראל-משרד החינוך – משה חג'בי** (לא פורסם) 2.2.06; **עניין ז.מ. מותגי אופנה**.

[3] עע 410/06 **המוסד לביטוח לאומי – ראיד פאהום** (לא פורסם), 2.11.08 (להלן: **עניין פאהום**), פסקה 29 לפסק דינו של השופט צור; וראו: מרדכי מירוני, הגדרת יחסי עובד-מעביד, עיוני משפט כרך ט' עמ' 505 בעמ' 526 ואילך; רות בן ישראל, מיקור חוץ של המשאב האנושי, שנתון משפט העבודה כרך ז' עמ' 5 בעמ' 22 ואילך;

[4] עע 131/07 **גלעד גולדברג - אורטל שירותי כוח-אדם בע"מ** (לא פורסם), 13.5.09 (להלן: **עניין גולדברג**); וראו: **עניין תנופה**, עמ' 443; עעמ 9241/09 **שלג לבן 1986 בע"מ - עירית אשקלון** (לא פורסם) 8.7.2010 (להלן: **עניין שלג לבן**); רות בן ישראל, "העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם והבטחת זכויות עובדים לעת חדלות פירעון של מעסיק בפועל" הפרקליט מז (תשס"ד) 9 (להלן: **רות בן ישראל**), עמ' 24; אבישי בניש ורועי צרפתי, "כאשר העבודה חוזרת להיות מצרך: בחינה ביקורתית של מכרזי הפסד ברכישת שירותים עתירי כוח אדם", מעשי משפט א 93, 98 (2008); גיא דוידוב, העסקה עקיפה, עבודה חברה ומשפט כרך יב (תש"ע), עמ' 1.

עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם, במיוחד בענפים בהם נמצא צורך בעבודות זמניות או ביידות עובדים, נדרשו רשויות השלטון להתמודד עם השינויים שנוצרו בשוק העבודה בישראל. על רקע זה נחקק חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח-אדם, התשנ"ו – 1996.

תכלית סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם

המסגרת הנורמטיבית

7. חוק קבלני כוח-אדם הסדיר את שוק העבודה בישראל, תוך הטלת משטר רישוי על קבלני כוח-אדם, קביעת גבולות אחריותם כלפי העובדים, ודרישות שבדין להבטחת זכויותיהם של עובדי קבלני כוח-אדם[5]. במסגרת זו מכיר המחוקק בתבנית העסקה משולשת לפיה קבלן כוח-אדם הוא המעביד, ובאמצעותו מועסק העובד בחצריו של "המשתמש" – "המעסיק בפועל". אלא שבכך לא תמה מלאכת המחוקק. נוכח הבעייתיות בהעסקתם הממושכת של עובדי קבלן בחצרי ה"משתמש", הוגשו הצעות לתיקון החוק, להגבלת העסקתם של עובדים אלה לתקופה זמנית בלבד, שלאחריה יהפוך עובד הקבלן ויהיה עובדו של "המשתמש" – "המעסיק בפועל". תקופת ההעסקה המוצעת נעה בין שלושה חודשים בלבד[6] לבין תשעה חודשים[7]. בסופו של דבר, התקבל **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח-אדם (תיקון), התש"ס-2000** (להלן: **התיקון לחוק**) [8] במסגרתו **נוסף לחוק קבלני כוח אדם סעיף 12א** המורה כך:

> **12א. "(א) לא יועסק עובד של קבלן כוח אדם אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים; יראו רציפות בעבודה לענין סעיף זה אפילו חלה בה הפסקה לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים.**
>
> **(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי השר, במקרים חריגים, להתיר העסקת עובד אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים, ובלבד שתקופת ההעסקה**

---

5 **עניין תנופה**, עמ' 443; **עניין אל אור אילת**.

6 הצעת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון), תש"ס – 2000, ה"ח 2830 יד כסלו תש"ס 23.11.99.

7 הצעת חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון), תש"ס – 2000, ה"ח 2929 תשס"א, עמ' 91.

8 ס"ח 1748, כ"ה בתמוז התש"ס עמ' 247.

הכוללת אצל אותו המעסיק בפועל לא תעלה על חמישה עשר חודשים.

(ג) הועסק עובד כאמור אצל אותו מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים או על תקופה נוספת שהוארכה לפי סעיף קטן (ב), ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעת החודשים או תקופת ההארכה, לפי הענין.

(ד) נחשב עובד של קבלן כוח אדם כעובדו של המעסיק בפועל כאמור בסעיף קטן (ג), יצורף ותק העובד בתקופת העסקתו על ידי קבלן כוח האדם אצל אותו מעסיק בפועל, לותק העובד בתקופת העסקתו אצל המעסיק בפועל.

בסעיף 6 (א) לתיקון לחוק, נקבע כי סעיף 12א לחוק ייכנס לתוקף ביום 28.1.2001 כעבור ששה חודשים מיום פרסומו. בפועל, נכנסה הוראה זו לתוקף בחלוף שבע שנים תמימות[9]. בנוסף, נקבע בהוראת המעבר, כי לאור תיקוני החקיקה ומועד תחולתם "**בפועל, אין למנות את תקופת העסקתם של עובדי חברות כוח אדם אצל המשתמש, לצורך סעיף 12א לחוק, אלא מיום כניסתו של הסעיף לתוקף, קרי מיום 1.1.2008**"[10] (להלן: **הוראת המעבר**).

<u>החזקה בחקיקה לפיה בהעסקה זמנית חברת כוח-האדם היא המעבידה</u>

8. עובר לחוק העסקת עובדים ולתיקון לחוק, נדרש בית הדין הארצי לעבודה בפסיקתו למבחנים בנוגע לקביעת מיהות המעסיק תוך שהוטעם כי "יתכנו מקרים בהם יחויב המשתמש ליתן לעובד שכר או זכויות אחרות ולשאת בהתחייבויות חברת כוח אדם כלפי העובד"[11]. בתוך כך, נעשתה אבחנה בין העסקה אותנטית ולגיטימית על-ידי קבלן כוח-אדם, לבין העסקה על-ידי

---

9 סעיף27(2) לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2001), התשס"א; סעיף 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון מס' 2), התשס"ב – 2002; סעיף 53(א) לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג - 2002; סעיף 111(א)לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה) התשס"ד – 2004; סעיף 54(א) לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005.

10 **עניין גולדברג**, פסקה 7; סעיף 54 (ב) **לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה – 2005** ס"ח, 11.4.2005, 1997, עמ' 419.

11 **עניין פאהום**, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר; עע 300245/97 **משה אסולין - רשות השידור**, פד"ע לו, 689, 718.

"חברות קש" אשר שימשו מסווה להעסקה האמיתית על-ידי "המשתמש" בפועל. וזאת, בנסיון לחמוק מהחובות המוטלים על המעביד מכוח דיני העבודה ומשפט העבודה המגן והביטחון הסוציאלי. בהתאם, **עיגן בית הדין הארצי לעבודה בפסיקתו "חזקה עובדתית לפיה במסגרת העסקה משולשת כזו המשתמש בפועל הוא ברגיל המעסיק האותנטי ולא קבלן כוח האדם"**[12].

9. **בשונה מן החזקה ההלכתית, קבע המחוקק ביסוד הוראתו של סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם חזקה לפיה, בהתקיים העסקה אותנטית באמצעות קבלן כוח-אדם, מעבידו של העובד המועסק זמנית בחצריו של "המשתמש" בפועל לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים, הינו קבלן כוח-האדם.** כך, נקבע מפורשות בהוראת סעיף 12א(ג), כי ככל שהעובד הועסק אצל "המעסיק בפועל" תקופה **העולה** על תשעה חודשים, בניגוד להוראות סעיפים 12א(א) או 12א(ב) לחוק, "ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעת החודשים או תקופת ההארכה, לפי הענין". ביטוי לחזקה זו נמצא אף בדברי ההסבר להצעת התיקון לחוק בה נאמר כי "עובד של קבלן כוח אדם יהפוך לעובד של המעסיק בפועל שאצלו הוא מועסק, בתום תשעה חודשים רצופים של העסקה אצל אותו מעסיק בפועל".

על החזקה שבהוראת סעיף 12א לחוק עמדה המלומדת רות בן ישראל בדבריה אלה:[13]

"יש מקום לגרוס כי יישום הפסיקה עם החוק, מחייב היפוך בחזקות המשמשות נקודת המוצא לבדיקה. זאת, כיוון שנקודת המוצא של החוק היא שקבלן כוח-האדם הוא המעסיק וזו החזקה עליו הוא מבוסס. בנסיבות אלה נראה כי כיום, החזקה הרואה בקבלן כוח אדם כמעסיק צריכה לשמש נקודת המוצא לבחינת השאלה מי המעביד בנסיבות, ומי שטוען אחרת, עליו הנטל להפריכה".

לחזקה מכוח סעיף 12א לחוק **נדרש** בית המשפט העליון, **בפרשת ז. מ. מותגי אופנה**[14] בה נקבע מפי השופט א' ריבלין כך:

---

12 **עניין ז.מ. מותגי אופנה**, פסקה 11; וראו: עע 467/08, עע 524/08 **פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ - הרבנות הראשית לישראל**, (לא פורסם) 12.7.2010; דב"ע נב/ 3-142 **חסן עליאה אלהרינאת - כפר רות**, פד"ע כד 535, 541.

13 רות בן ישראל, עמ' 28-29, עמ' 32.

"לשון החקיקה עשויה להצביע על מגמה שונה [מזו של הפסיקה - נ.א.]. המחוקק ראה צורך להסדיר את חובותיו של קבלן כוח האדם, להסדיר את היחסים המשפטיים בין כל הצדדים ולקבוע את גבולות האחריות כלפי העובדים. מקום בו מדובר בתבנית העסקה אותנטית, מניח החוק כי קבלן כוח-האדם ולא "המעסיק בפועל" הוא מעסיקו של העובד (ראו במיוחד הוראות הסעיפים 1, 11, 12, 12א לחוק קבלני כוח אדם). החזקה העובדתית איבדה, איפוא, מכוחה; בכך לא אמרנו שאין מקום להמשיך ולבחון בחינה מהותית וזהירה את תבניות ההעסקה".

ודוק. **החזקה שבהוראת סעיף 12א לחוק קמה במצב בו אין חולק על העסקתו האותנטית של העובד על ידי קבלן כוח-אדם, בעוד אשר במקרים בהם זהות המעביד אינה ברורה, ימשיכו לחול המבחנים ואמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה בנוגע לקביעת מיהות המעביד.**

<u>עקרון זמניות ההעסקה של עובדי קבלן כוח-אדם בחצרי "המשתמש"</u>

10. בבסיס החזקה שבסעיף 12א לחוק, לפיה קבלן כוח-האדם הוא מעסיקו של העובד, עומד הרציונאל של עקרון זמניות העסקתם של עובדי הקבלן בחצרי המשתמש. עקרון הזמניות מצא ביטויו בדברי ההסבר בהצעת התיקון לחוק, בהם הוטעם כי "**מטרת החוק היא הסדרת ההעסקה של עובדים באמצעות קבלני כוח אדם, כהעסקה זמנית**". בית דין זה עמד אף הוא בפסיקתו על עקרון הזמניות, תוך שקבע, כי ביסוד ההכרה בהעסקה באמצעות קבלני כוח אדם, נמצאת ההגנה על זכויות העובדים הזמניים העוברים מ"משתמש" ל"משתמש" והמועסקים תקופה קצרה אצל כל אחד מהם[15]; כמו גם ההגנה על העובדים המועסקים תקופה ארוכה אצל "המשתמש" במסווה של העסקה באמצעות קבלני כוח-אדם[16].

---

[14] **עניין ז.מ. מותגי אופנה**, פסקה 11.

[15] דב"ע נז/3-56; נז/3-74 **צבי שפיר - נתיב ביצוע תעשייתי בע"מ והמוסד לביטוח לאומי**, פד"ע לב, 242 (להלן: **עניין צבי שפיר**); עע 1189/00 **אילנה לוינגר - מדינת ישראל** (לא פורסם) 2.10.00; עע 326/03 **מדינת ישראל - משרד הבריאות - ילנה צ'פקוב** (לא פורסם) 20.2.06 (להלן: **עניין צ'פקוב**); וראו: עע 273/03 **דברת שוואב - מדינת ישראל-משרד החקלאות** (לא פורסם) 2.11.06 (להלן: **עניין דברת שוואב**), פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

[16] **עניין צבי שפיר.**

על עקרון הזמניות שבסיס הוראתו של סעיף 12א לחוק, עמד חברי השופט צור ב**עניין פאהום** [17] תוך שקבע כך:

"ביסוד השיטה של העסקת עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם ניצבת המטרה הבסיסית של העמדת כוח-אדם לרשות המשתמש באופן זמני. עקרון זה הוא יסוד מוסד בהתקשרות מסוג זה והוא נועד לאפשר למשתמש לקבל כוח-אדם מיומן לשם מילוי מקום של עובד נעדר, לשם התגברות על עומס עבודה זמני, לצורך טיפול במצבי חרום במקום העבודה, להשתלבות במבצעים מיוחדים וכיוצאים באלה מצבים זמניים שהם חלק מן התנודתיות הטבעית במקום עבודה חי ותוסס. בכך נבדל קבלן כוח-האדם מן הגורם העוסק בתיווך בין מבקשי עבודה ובין מעסיקים פוטנציאלים. חברת כוח-אדם אינה מכשיר לגיוס עובדים עבור מעסיק זולתה. חברת כוח-אדם מעסיקה צוות של עובדים משלה לשם הצבתם הזמנית אצל מעסיקים אחרים המשתמשים בשירותים של עובדיה. ביטוי מובהק לעקרון הזמניות ניתן למצוא בהוראת סעיף 12א' לחוק..... עצם קיומה של הוראה זו עלי ספר החוקים מלמד על עקרון הזמניות העומד ביסוד החוק ".

ב**עניין גולדברג**[18] חזר חברי הנשיא אדלר והטעים כי "סעיף 12א לחוק מלמד על רצון המחוקק, כי עובדי חברות כוח אדם יוצבו כעובדים זמניים בלבד במקום עבודה. חברת כוח אדם רשאית להציב עובד אצל משתמש לתקופה של עד תשעה חודשים, שלאחריה העובד יעבור להיות עובד של המשתמש". זאת, נוכח ההנחה ממנה יוצא החוק לפיה "קיימת תבנית של העסקה לטווח ארוך באמצעות חברות כוח אדם"[19].

11. **מסקנת הדברים**, הינה איפוא, כי בהוראת סעיף 12א לחוק מבחין המחוקק בבירור, בין העסקה זמנית של עובדי קבלן כוח אדם, לבין העסקתם הממושכת,

---

17 **עניין פאהום**, פסקה 35 לפסק דינו של השופט צור; **עניין גולדברג**, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

18 **עניין גולדברג**, פסקה 17; **עניין צ'פקוב**.

19 עע 273/03 **דברת שוואב - מדינת ישראל-משרד החקלאות** (לא פורסם) 2.11.06 (להלן: **עניין דברת שוואב**), פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

בחצרי "המשתמש", תוך תחימת קו גבול של תקופת תשעה החודשים, או תקופה ממושכת יותר, במקרים החריגים [20].

במהלך תקופה זו, המעסיק הוא קבלן כוח-האדם. בחלוף תקופת תשעת החודשים (או התקופה המוארכת לפי החוק) נוצר מצב משפטי חדש במסגרתו משתנה הסטטוס של עובד הקבלן והוא הופך להיות עובדו של "המשתמש", הלכה ולמעשה. עקרונות אלה מוצאים ביטויים אף במשפט המשווה, במרבית מדינות אירופה[21].

על האמור, נוסיף ונבהיר, כי מש"המעסיק הקבוע והיציב" על פי הוראת סעיף 12א הינו קבלן כוח-אדם[22], אזי ככלל, סיום ההתקשרות עם "המשתמש" בתום תקופת העבודה הזמנית בחצריו, אין משמעה פיטוריו של העובד, כל עוד נמשכת העסקתו על ידי קבלן כוח-האדם [23].

סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם - הינו הסדר חוקתי הולם

12. סעיף 12א לחוק עונה על מבחן החוקתיות המורכב ממבחן המטרה הראויה ומשלושת מבחני המשנה של דרישת המידתיות . ונבאר.

13. **החזקה החקיקתית שביסוד הוראות סעיף 12א הינה למטרה ראויה המצדיקה פגיעה בזכויות חוקתיות.** הוראות סעיף 12א לחוק קבלני כוח-אדם מתאפיינות בהתערבות פטרנליסטית של המחוקק ביחסי העבודה על דרך קביעת חזקה חקיקתית בדבר מיהות המעסיק בתבנית העסקה משולשת. כפועל יוצא מכך, מוסיף המחוקק וכופה על הצדדים את סל הזכויות של העובדים ותנאי עבודתם, תוך אבחנה בין העסקה זמנית שאינה עולה על תשעה חודשים, לבין תקופת

---

[20] סעיף 12א(ב) לחוק ; וראו : נוהל טיפול בבקשות להיתר העסקת עובד לתקופה העולה על 9 חודשים לפי סעיף 12א לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח-אדם.

[21] Roger Blanpain & Chris Engels: European Labour Law, second and revised edition, 1993 Kluwer

על הדין במדינות אירופה ראו : **עניין צ'פקוב** והאסמכתאות שם ; עניין תנופה, פסקה 15 ; מיקור חוץ של המשאב האנושי, עמ' 23-22.

[22] **עניין פאהום**, פסקה 36 לפסק דינו של השופט צור.

[23] רות בן ישראל, עמ' 39.

העסקה ממושכת יותר. הוראות אלה מהוות חלק ממארג חוקי המגן במסגרת חקיקה חברתית המכירה בזכויותיו החוקתיות של העובד ובהן, זכותו של העובד לשוויון במקום העבודה[24]; זכותו של העובד להתפרנס בכבוד; זכותו לחופש עיסוק ולקיום בכבוד חברתי, אנושי ולא רק כלכלי[25] ו"האפשרות להתפתח ולהתקדם במקצוע" [26] במקום בו הוא מועסק תקופה ארוכה ולא זמנית; זכות העובד לחופש ההתקשרות; והאוטונומיה של הרצון החופשי של העובד להכרה במעמדו כעובדו של "המשתמש" ולא כעובד קבלן כוח-אדם, מעמד המקנה לו זכויות שוות ערך לעובדי "המשתמש" מכוח חוזים אישיים, הסכמים והסדרים קיבוציים,[27] כאשר המעסיק האמיתי הינו "המשתמש" או ככל שהעובד מועסק תקופה ממושכת בחצרי "המשתמש".

בהוראות אלה, על פי טיבן, ניכרת פגיעה בחופש העיסוק ובחופש התחרות של המעסיקים בפועל ושל קבלני כוח-אדם, כמו גם בחופש ההתקשרות ובאוטונומיה של הרצון החופשי שלהם ושל עובדי הקבלן.

עם זאת, מכוונות הוראות סעיף 12א לחוק לקידום מדיניות חברתית סוציאלית שיש בה כדי "להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן החוקתית של זכויות אדם ובצורך להגן עליהן"[28]. משכך הוא, החזקה החקיקתית הפוגעת בזכויות חוקתיות הינה למטרה ראויה.

המטרה הראויה של הוראות סעיף 12 נלמדת אף במבט רחב מתוך תכלית החוק בכללותו. עמד על כך בית המשפט העליון ב**פרשת תנופה** בפסיקתו מפי הנשיא ברק בה נקבע כי מטרת חוק קבלני כח אדם להבטיח את זכויות העובד ואת רווחתו ולמנוע פגיעה חמורה בזכויותיו החוקתיות ובזכויות המגן והביטחון הסוציאלי, בהיותן תכליות ראויות המשרתות "מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם"; כי לאור מבחני המידתיות, הפגיעה בזכויות קבלני כוח-האדם

---

24 לעניין שוויון זכויות במקום העבודה, ראו: סעיף 13 לחוק; **עניין דברת שוואב**; פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא סטיב אדלר.

25 מיקור חוץ של המשאב האנושי, עמ' 20.

26 עסק 400024/98 **הסתדרות העובדים החדשה - האיגוד הארצי לקציני הים -צים חברת השיט הישראלית בע"מ**, פד"ע לו 97.

27 מיקור חוץ של המשאב האנושי, עמ' 31- 34.

28 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) עמ' 221, עמ' 435.

והמעסיקים בפועל, הינה כדין ומקיימת את דרישותיה של פיסקת ההגבלה; וכי על כן "החוק הוא חוקתי"[29].

הנה כי כן, הגבלת תקופת העסקתו הזמנית של העובד בחצריו של "המשתמש" מחד גיסא, והפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של קבלני כוח-אדם ו"המשתמשים" כפועל יוצא מהוראות החוק - מאידך גיסא, עונות על המטרה הראויה של הוראות סעיף 12א לחוק, ובאים בגדרה.

14 **חוקתיות החזקה החקיקתית בסעיף 12א לחוק בדבר מיהות המעסיק, עונה אף על מבחן המידתיות (proportionality) וההתאמה להשגת המטרה שביסוד החוק, בהתקיים** היחס הראוי בין המטרה הראויה שהחוק מבקש להגשים, לבין האמצעי הננקט בסעיף 12א לחוק להגשמתה. זאת, לאור קיומם **במצטבר** של שלושת מבחני המשנה למידתיות[30] כמבואר להלן:

ראשית, קיים **קשר רציונאלי בין האמצעי** שביסוד הוראות סעיף 12א לחוק שעניינו הגבלת תקופת ההעסקה הזמנית של עובד קבלן כוח-אדם בחצרי "המשתמש" - **לבין תכליתו הראויה של החוק**.

שנית, מתקיים **מבחן הצורך (necessity) לפיו פגיעתה של החזקה בדבר קביעת מיהות המעסיק**, בחופש העיסוק, בחופש ההתקשרות ובאוטונומיה האישית של המעסיקים בפועל ושל קבלני כוח האדם - **היא הפחותה ביותר ביחס לאמצעים חלופיים**[31].

בנדון זה יוטעם, כי החזקה החקיקתית שבסעיף 12א לחוק הינה אמצעי המגשים את מטרתו הראויה של החוק, שפגיעתו בזכויות אדם פחותה בחומרתה מאמצעים חלופיים סבירים המוכרים בחקיקת המגן, ובתוך כך חקיקה המגבילה את

---

29 **הנשיא ברק בעניין תנופה**, עמ' 446.

30 על שלושת מבחני המשנה של המידתיות ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (לא פורסם) 14.5.06 (להלן: **עניין עדאלה**) והאסמכתאות שם; בג"ץ 6304/09 **לה"ב – לשכת ארגוני העצמאיים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם), 2.9.2010 (להלן: **עניין לה"ב**), פסקאות 111-116.

31 ראו: ספרו של אהרן ברק, **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, תש"ע – 2010, (להלן: **מידתיות במשפט**),עמ' 391; וראו: גיא דוידוב, עקרון המידתיות בדיני העבודה, עיוני משפט לא (תשס"ט), עמ' 5, עמ' 11-12.

הפררוגטיבה של המעביד לנקוט בפיטורים בנסיבות מסוימות, או כופה המשך העסקה של עובדים ובהם עובדת בהריון[32] וכל כיוצ"ב.

נוסיף ונציין, כי האמצעי של קביעת מיהות המעביד לאור עקרון זמניות העסקתו של העובד, פוגע בצורה פחותה יותר, אף ביחס לאמצעים החלופיים המוכרים בשיטות המשפט השונות. כך, לשם הדוגמא, באחדות ממדינות אירופה נאסרה כליל פעילותם של קבלני כוח-אדם. במדינות אחרות הגבילו את היקף ההעסקה באמצעות קבלני כוח-אדם, תוך איסור העסקה במתכונת זו בענפים מסוימים, או בסוג של משרות. יש מדינות בהן נקבעה רשימה סגורה של מצבים בהם ניתן להעסיק עובדים באמצעות קבלני כוח-אדם, כגון, מילוי מקום, גידול זמני בפעילות, עובדים זמניים וכל כיוצ"ב. במדינות אחרות נפתרה הבעיה בקביעה כללית לפיה "המשתמש" הוא המעסיק ולא קבלן כוח-אדם. "כל אלה הם ללא ספק אמצעים מכבידים יותר מהאמצעי שננקט בחוק קבלני כוח אדם"[33].

<u>שלישית</u> - מבחן המידתיות במובן הצר, מתקיים אף הוא. זאת, לאור קיומו של היחס הראוי בין התועלת שבהגשמת מטרתו הראויה של החוק, באמצעות הוראות סעיף 12א הימנו, לבין הנזק הנגרם לזכויות החוקתיות הנפגעות, כתוצאה מההסדר ומן החזקה, כפי שנקבעו בהוראות סעיף 12א לחוק[34]. אף אין לומר, כי בהוראות אלה, קיים חוסר פרופורציה בין התועלת לעובד, לבין הנזק ל"מעסיק בפועל" או לקבלן כוח-האדם. זאת, נוכח היחס הראוי בין תוספת ההגנה על זכויות עובדי הקבלן, כתוצאה מהוספת הוראת סעיף 12א בתיקון לחוק, לבין תוספת הנזק שבפגיעה באוטונומיה האישית, בחופש ההתקשרות ובשאר זכויות היסוד של "המעסיק בפועל" וקבלן כוח-האדם, הנגרמת מיישום הוראות סעיף 12א, בהשוואה למצב החקיקתי עובר לתיקון לחוק.

במסגרת זו, מתקיימת בהוראות סעיף 12א תרומה ניכרת להשגת תכלית החוק ומטרתו, תוך איזון בין האינטרסים והזכויות החוקתיות וההתנגשות ביניהם. כאשר, מחד גיסא, נמצא באותן הוראות כלי מהותי המגשים את תכלית החוק,

---

32 חוק עבודת נשים, התשי"ד – 1954, סעיף 9; וראו: חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט – 1949, סעיפים 15 ו-16 לחוק.

33 **עניין תנופה**, עמ' 445.

34 **עניין עדאלה**; וראו: אהרן ברק, **איזון חוקתי עקרוני ומדתיות: ההיבט התורתי**, ספר ברק, עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק, התשס"ט – 2009, עמ' 39; מידתיות במשפט, עמ' 419- 454 ועמ' 630- 650.

המונע קיפוחם של עובדי קבלן וניצולם, והמחזק את ההגנות החוקיות והחוקתיות עליהם באמצעות הגבלת תקופת העסקתם הזמנית בחצרי "המשתמש"; מאידך גיסא – מופחתת הפגיעה בזכויות החוקתיות של קבלן כוח-האדם ו"משתמש" ומתקיים איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים בינם לבין עצמם בקביעת מיהות המעסיק, ובינם לבין העובד. שכן, במסגרת אוטונומית הרצון החופשי וחופש ההתקשרות, ניתן ל"מעסיק בפועל" שיקול דעת אם לקלוט עובדי הקבלן כעובדיו במהלך תקופת העסקה מוגבלת שאינה עולה על תשעה חודשים.

בנוסף על כך, מופחתת הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של "המעסיק בפועל" ושל קבלן כוח-האדם, נוכח מועד התחילה המאוחר של סעיף 12א לחוק, והוראת המעבר בה נקבע כי לא יובאו במניין תקופת ההעסקה הזמנית, תשעת החודשים שקדמו ליום 1.1.08[35]. הוראות אלה נתנו ל"מעסיקים בפועל" אפשרות להיערך ולהחליט, במסגרת הפררוגטיבה הניהולית שלהם ומימוש זכויותיהם החוקתיות, אם ועד כמה יקלטו עובדי קבלן המועסקים אצלם, ועם מי מהם יסיימו התקשרותם, עד לכניסת החוק לתוקף. בכך, התאפשר "לציבור ולמבצעי החוק להכין את עצמם לקראת כניסתו של החוק החדש לתוקף"[36]. בה במידה ניתן למעסיקים בפועל ולקבלני כוח-האדם זמן מספיק להיערכות לקראת המשך ההתקשרות עם עובדי הקבלן, או סיומה, ולקביעת מיהות מעסיקיהם, על ההשלכות הנובעות מכך.

הנה כי כן, סעיף 12א לחוק הינו חוקתי משנמצא כי הוראותיו באות בגדר "מתחם המידתיות"[37] לאור מטרתו הראויה ובהתקיים שלושת מבחני המשנה למידתיות.

סיום ההתקשרות של "המעסיק בפועל" עם קבלן כוח-האדם והעובד מכוח הוראת סעיף 12א לחוק - הינה לגיטימית

15. הוראתו של סעיף 12א(ג) לחוק, על פי לשונה, פשוטה כמשמעה, הינה כי ככל שעובד קבלן הועסק אצל "המעסיק בפועל" "תקופה העולה על תשעה חודשים

---

35 **עניין גולדברג**, פסקה 7.

36 עבל 55/09 **המוסד לביטוח לאומי - מיכאל רוזנברג** (לא פורסם), 8.6.2010; וראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט, פרשנות החקיקה, תשנ"ג, עמ' 612.

37 **עניין לה"ב**, פסקה 113.

רצופים או על תקופה נוספת שהוארכה" החל מיום 1.1.2008, "ייחשב העובד כעובד המעסיק בפועל, בתום תקופת תשעת החודשים או תקופת ההארכה, לפי הענין".

לפי "לשונה הטבעית והרגילה"[38] של הוראת החוק, משמעותה של חזקה חקיקתית זו הינה, כי בכפוף לכך שהעובד הועסק אצל "המעסיק בפועל" תקופה **שאינה עולה** על תשעה חודשים רצופים, או תקופה נוספת שהוארכה על-פי דין, רשאי "המעסיק בפועל" לסיים את ההתקשרות עם קבלן כוח-אדם ועם העובד המועסק בחצריו באמצעות הקבלן, כדי שלא ייחשב אותו עובד - כעובדו של "המעסיק בפועל". ודוק. החוק מתיר ל"מעסיק בפועל" שיקול דעת לסיים ההתקשרות עם עובד הקבלן מטעם זה בלבד, ללא קשר לתפקודו של העובד ולשיקולים הרלבנטיים לעבודתו. התנהלות זו תחשב כלגיטימית, בכפוף לעקרונות יסוד השיטה וכללי הצדק הטבעי.

הפרשנות הלשונית, כאמור, מתיישבת עם התכלית האובייקטיבית שביסוד חוק קבלני כוח אדם. בה במידה עולה פרשנות זו בקנה אחד עם עקרון הזמניות שביסוד תכליתו האובייקטיבית של סעיף 12א לחוק ועם דרישת המידתיות לאור האיזון הראוי בין זכויות היסוד של כל הצדדים. לפיכך, אין לראות בסיום קשר העבודה על ידי "המעסיק בפועל" בתום תקופת תשעה החודשים, או קודם לכן, עילה להימנעות מקיום זכויותיו של העובד.

16. לאור כלל האמור לעיל, אין לקבל את טענת המערערים לפיה סיום ההתקשרות בין "המעסיק בפועל" לבין עובד קבלן סמוך לתום תקופת תשעת החודשים, כדי שלא יהפוך לעובדו - פסולה ונוגדת את הוראות החוק, ואת פרשנותו הלשונית והתכליתית.

הפרשנות שמבקשים המערערים לייחס להוראות החוק, אינה סבירה ואינה מידתית. יש בה התעלמות מהפרוגטיבה הניהולית של "המעסיק בפועל", שעה שהמחוקק הותיר לו שיקול דעת שלא לקלוט עובדי קבלן לשירותו במהלך תקופת תשעת החודשים. פרשנותם של המערערים, פוגעת מעל הנדרש בזכויות החוקתיות המוקנות ל"מעסיק בפועל", לקבלן כוח-אדם ולעובד הקבלן, בהן הזכויות לאוטונומית הרצון ולחופש החוזים, לרבות החלטתם המשותפת של "המעסיק

[38] אהרן ברק, פרשנות תכליתית אהרן במשפט, תשס"ג – 2003, עמ' 150.

בפועל" ועובד הקבלן בנוגע להמשך ההתקשרות ביניהם, עובר לסיום תשעת החודשים.

מן הכלל אל הפרט

17. במקרה שלפנינו, אין חולק כי על בעלי הדין חלה הוראת סעיף 12א לחוק קבלני כוח אדם. באשר, אין חולק כי המערערים הם עובדיה של המשיבה 2, שהיא קבלן כוח-אדם, והעסקתם באמצעותה ברשות השידור הינה אותנטית.
החלטתה של רשות השידור – מעסיקתם בפועל של המערערים, שלא להמשיך את ההתקשרות עמם מעבר לתקופת תשעה החודשים, התקבלה כדין במסגרת הפררוגטיבה הניהולית שלה, ולפי הוראות סעיף 12א לחוק. ההחלטה על סיום העסקתם של המערערים בחצריה התקבלה מבעוד מועד, טרם סיום התקופה, שאם לא כן הייתה הרשות כפויה לקלוט את המערערים כעובדיה, מתוקף הוראת סעיף 12א(ג) לחוק.
ודוק. הוראות חוק קבלני כוח אדם, **כשלעצמן** מקנות לרשות השידור שיקול דעת בכל הנוגע להתקשרותה עם עובדי קבלן כוח-אדם, ודי בהן כדי להקנות תוקף חוקי לסיום ההתקשרות עם המערערים. על כך נוספו, במקרה הנדון, הליכי ההבראה בהם מצויה הרשות, המהווים אף הם תימוכין להחלטתה הלגיטימית ולשיקוליה העניינים שלא לקלוט את המערערים כעובדיה.

18. **לא הוכחה טענת המערערים לפיה נעשו פיטוריהם בחוסר תום לב ובניגוד לדין.**
בית הדין האזורי קבע, על סמך חומר הראיות שהובא לפניו, כי העילה לפיטורי המערערים נבעה מהחלטתה הלגיטימית של רשות השידור שלא להמשיך ולהעסיקם במסגרתה, ולאחר שסירבו לשיבוצי עבודה חלופיים שהציעה להם מעסיקתם – חברת או.אר.אס. עובר להגשת התביעה ואף במהלך בירורה בבית הדין האזורי.

19. **אף אין לקבל את טענות המערערים על כי לא נעשה להם שימוע כדין.** בהקשר זה קבע בית הדין האזורי כי המערערים ביכרו שלא להתייצב בחברה לדיון בנוגע לסיום ההתקשרות עם רשות השידור ועל כן יש לראותם כמי שוויתרו על זכותם

בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 472-09

להישמע[39]. בנסיבות אלה, לא נמצא טעם משפטי המצדיק התערבותנו בקביעות של מהימנות ועובדה על ידי בית הדין קמא[40] ובמסקנתו לפיה המעסיק – קבלן כוח-האדם, יצא ידי חובת השימוע הנדרשת ממנו, עובר לפיטוריהם של המערערים.

20. משלא הוכח פגם בסיום התקשרותה של רשות השידור עם המערערים ומשלא נמצא פגם בפיטוריהם על ידי חברת או.אר.אס., אין לקבל את טענות המערערים לזכאותם לסעד השבה לעבודה ברשות השידור כעובדי קבלן. מקל וחומר נדחות טענותיהם להשבתם לעבודה כעובדי רשות השידור תוך אכיפת יחסי עבודה על גוף שאינו נחשב כמעסיקם, על פי דין ומכוחו.

21. **סוף דבר** – לאור כלל האמור לעיל **הערעור נדחה.** בשים לב למהות הסוגיות הנדונות בהליך שלפנינו והשלכותיהן, אין אנו מחייבים את המערערים בהוצאות משפט בערעור.

ניתן היום, ד' תשרי תשע"א (12 ספטמבר 2010), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

סטפן אדלר, **נשיא, אב"ד**	**נילי ארד,** **סגנית הנשיא**	**רונית רוזנפלד,** **שופטת**
נציג העובדים, מר שלום חבשוש	**נציג המעבידים, מר יורם בליזובסקי**	

[39] עע 309/05 **אסתר רחמים – האגודה לתרבות הדיור מיסודו של משרד הבינוי והשיכון,** (לא פורסם) 1.1.2007.

[40] עע 424/06 **מטבחי שרת בע"מ - ילנה גרוחולסקי** (לא פורסם), 2.8.07.